

Alessandro Otavio Yokohama

TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

O JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR

Curitiba
Juruá Editora
2018

Visite nossos *sites* na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: *editora@jurua.com.br*

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Jurua Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

ISBN: 978-85-362-8144-5

JURUA
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil
Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Y59 Yokohama, Alessandro Otavio.
Teoria da proporcionalidade: o judiciário como
legislador./ Alessandro Otavio Yokohama./ Curitiba:
Jurua, 2018.
410p.

1. Proporcionalidade (Direito). 2. Poder judiciário.
I. Título.

CDD 340.1 (22.ed)
CDU 340

000060

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

1128656

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Capítulo I	DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS 19
1.1	HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO 19
1.2	RESULTADOS DA APLICAÇÃO DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO..... 24
1.3	PRÉ-COMPREENSÃO E HERMENÊUTICA 25
1.4	TEXTO E NORMA 28
1.5	NORMAS: PRINCÍPIOS E REGRAS 32
1.6	A NORMA JURÍDICA NA TEORIA ESTRUTURANTE 42
1.7	CONCEITO DE “LEGISLADOR”: TEXTOS OU NORMAS? 46
1.8	SEPARAÇÃO DE PODERES E “DIREITO DÚCTIL” 50
Capítulo II	PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE 61
2.1	EVOLUÇÃO DA RAZOABILIDADE 65
2.2	EVOLUÇÃO DA PROPORCIONALIDADE 68
2.3	DISTINÇÕES QUANTO À APLICAÇÃO, CONTEÚDO E FUNÇÃO 73
Capítulo III	FUNDAMENTOS DA PROPORCIONALIDADE 79
3.1	PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO 81
3.2	PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL 89
3.3	ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 90
3.4	NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 93
3.5	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 95
3.6	CONCEPÇÃO ADOTADA 99
Capítulo IV	SUBELEMENTOS DA PROPORCIONALIDADE 101
4.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS..... 101
4.2	ADEQUAÇÃO 106
4.3	NECESSIDADE 112
4.4	PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO 117
Capítulo V	DUPLA DIMENSÃO DA PROPORCIONALIDADE 125
5.1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES 125
5.2	DIMENSÃO NEGATIVA DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO 128
5.3	DIMENSÃO POSITIVA DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO 130
5.4	APLICAÇÃO SUCESSIVA DAS DIMENSÕES NEGATIVA E POSITIVA DA PROPORCIONALIDADE 134

Capítulo VI	NATUREZA JURÍDICA DA PROPORCIONALIDADE	141
6.1	PROPORCIONALIDADE COMO REGRA	142
6.2	PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADO NORMATIVO APLICATIVO	145
6.3	PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO	148
6.4	PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	149
6.5	A VERDADEIRA NATUREZA JURÍDICA DA PROPORCIONALIDADE	160
Capítulo VII	CONTEÚDO DA PROPORCIONALIDADE	165
7.1	PROPORCIONALIDADE FORMAL	167
7.2	PROPORCIONALIDADE SUBSTANCIAL	169
Capítulo VIII	VALIDADE E EFICÁCIA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	187
8.1	VALIDADE E EFICÁCIA NA TEORIA GERAL DO DIREITO	188
8.2	VALIDADE E EFICÁCIA EM HANS Kelsen	191
8.3	VALIDADE E EFICÁCIA: PRECISÃO TERMINOLÓGICA	212
Capítulo IX	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	215
9.1	BREVE HISTÓRICO	215
9.2	CONTROLE DIFUSO OU CONCRETO	226
9.3	CONTROLE CONCENTRADO OU ABSTRATO	236
Capítulo X	DIMENSÃO POSITIVA DA PROPORCIONALIDADE E EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	283
10.1	NULIDADE E ANULABILIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL	283
10.2	DIMENSÃO POSITIVA DA PROPORCIONALIDADE E ART. 27 DA LEI FEDERAL 9.868/1999	292
10.3	PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS NORMAS	308
Capítulo XI	DIMENSÃO POSITIVA DA PROPORCIONALIDADE E EFEITOS MATERIAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	317
11.1	SUPERAÇÃO DO DOGMA DO "LEGISLADOR NEGATIVO" NO STF	318
11.2	PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES, LEGALIDADE E DEMOCRACIA COMO FUNDAMENTOS EQUIVOCADOS DO DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO	347
11.3	DIGNIDADE HUMANA E DIMENSÃO POSITIVA DA PROPORCIONALIDADE	357
11.4	SENTENÇAS MODIFICATIVAS NA ITÁLIA	362
11.5	DIMENSÃO POSITIVA DA PROPORCIONALIDADE E PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA COMO INSTRUMENTO E CONDIÇÃO DO USO DAS SENTENÇAS MODIFICATIVAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	368
CONCLUSÃO		383
REFERÊNCIAS		385
ÍNDICE REMISSIVO		399